Thatsachen zu sehen ist, darauf an, ob auch das ganze frühere Verfahren verworfen worden ist, so daß ein ganz neues eingeleitet werden muß, oder nur ein Theil desselben, so daß das frühere Verfahren wieder fortgesetzt werden kann, oder endlich das Urtheil allein kassirt ist. Im ersten Fall, in welchem ein ganz neuer Prozeß beginnt, bestimmen sich die für das Erkenntniß relevanten Thatsachen nach dem Zeitpunkt der in dem neuen Verfahren eintretenden Litiscontestation, wenn nicht ausnahmsweise nach den früher vorgetragenen Grundsätzen auch die spätere Zeit bis zum Urtheil berücksichtigt werden darf. In den beiden letzten Fällen aber können dem neuen Erkenntnisse jedenfalls keine andern Thatsachen zum Grunde gelegt werden, als diejenigen, welche schon bei dem frühern hätten Berücksichtigung finden dürfen. Dasselbe gilt für das Rechtsmittel der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand; und selbst dann, wenn dieses Rechtsmittel wegen nova und noviter reperta gebraucht wird, muß das neue Vorbringen von der Art sein, daß es nach den frühern Grundsätzen bei der Abfassung des Erkenntnisses, gegen welches um Restitution gebeten worden ist, hätte in Betrachtung gezogen werden dürfen, wenn es damals vorgebracht worden wäre.

VIII.

Ueber das Recht des Eigenthümers, gegenüber dem Nachbarrecht und dem Recht auf Entschädigung. Dabei insbesondere von der cautio damni infecti und der actio negatoria.

Von

Herrn **Reinhard**,

Regierungs- und Obergerichts-Rath in Braunfels.

So viel auch in neuerer Zeit für die Aufhellung so mancher Dunkelheit, welche noch über dem Römischen Recht

lagerte, geschehen ist, so verheißt doch namentlich das Recht des Eigenthümers gegenüber dem Nachbarrecht und dem Recht auf Entschädigung der wissenschaftlichen Forschung noch immer eine reichliche Ausbeute. Die Streifzüge, welche wir, wenngleich mit wenig ausreichenden Hülfsmitteln, in dieses Rechtsgebiet zu unternehmen wagen, werden die Richtigkeit des Gesagten bestätigen, hoffentlich aber auch den weiteren Anbau jenes Rechtsgebiets, wenn auch weniger unmittelbar, doch wenigstens anregend fördern helfen.

Faßt man die Berechtigung zu einem Grundstücke, welche wir Eigenthum nennen, in ihrer begriffsmäßigen Reinheit auf, so hat der Satz durchaus kein Bedenken, daß der Eigenthümer zu aller und jeder Vornahme für befugt zu halten, bei welcher er die Grenzen seines Eigenthums nicht überschreitet. Innerhalb dieser seiner Grenzen ist er bis zur irgend erreichbaren Höhe und bis zur ewigen Teufe unumschränkter Herr: er hat nichts zu achten, als jene Grenzmarken, welche nach außenhin seiner Unumschränktheit ein Ziel setzen. Daher lautet der Satz des reinen strengen Rechts:

in suo alii hactenus facere licet, quatenus nihil in alienum immittat [1].

Aber das strenge Rechtsgesetz ist nicht die einzige Norm, nicht die einzige Richtschnur unseres Handelns [2]: auch die Forderungen der Sitte, der Billigkeit und Humanität machen sich geltend, und das Recht kann sich diesen Anforderungen nicht entziehen [3]. Die Römischen Rechtsgelehrten und mehr noch der Prätor hatten sich daher auch die schöne Aufgabe gesetzt, das strenge Recht mit den Forde-

1) l. 8. §. 5. D. 8, 5. Die Immission eines „fumus non gravis" ist gestattet (§. 6. ibid.), auch wird die Immission des Schattens regelmäßig nicht als eine unbefugte betrachtet: arg. l. 1. §. 8, D. 43, 27.

2) Seneca de ira II, 7. (Archiv B. 29. S. 269. Note 6.)

3) S. Sintenis, Civilrecht. B. 1. S. 60.

rungen der Billigkeit zu versöhnen, die crassen Widersprüche zwischen den stabilen Satzungen des Rechts und den ewigen Fortschritten des Lebens zu vermitteln und auszugleichen [4]. Als die Sitte milder wurde, als die Humanität Raum gewann, da wurde auch allmälig das Recht, zunächst aber wenigstens die Handhabung desselben, milder und billiger. Man gestattete nicht mehr, Alles zu thun, wozu es ein Recht gab, quia non omne, quod licet, honestum est, quia summum jus saepissime erit summa injuria [5].

Ein Feld, auf welchem jene Vermittelung besonders wünschenswerth erscheinen mußte, bot sich in den Verhältnissen der Grenznachbarn zu einander. Das nachbarliche Verhältniß hat wohl fast überall frühzeitig für ein solches gegolten, welches zur gegenseitigen Unterstützung und Hülfeleistung [6], zu einem Verkehr der Billigkeit mehr als des strengen Rechts verpflichte. Daher finden wir auch im Römischen Recht die Anforderungen der aequitas hier besonders hervorgehoben und beachtet [7].

---

4) S. z. B. Schweppe, Rechtsgeschichte. §. 61 u. 63.

5) Vgl. Brissonius, de V. S. s. v. aequitas.

6) οὐδ' ἂν βοῦς ἀπόλοιτ', εἰ μὴ γείτων κακὸς εἴη — — — sagt schon Hesiod C. et D. 346. Vgl. überhaupt daselbst V. 341 ff. Auch nur zu Gunsten benachbarter Grundstücke finden wir im Römischen Recht eine Schmälerung der Freiheit des Eigenthums durch Auferlegung von Prädial-Servituten gestattet: l. 12. D. 20, 1. L. 5. §. 1. D. 8, 3. und zur Wirksamkeit der cautio damni infecti werden ebenfalls praedia vicina erfordert. (Vgl. übrigens Sintenis Civilrecht. B. 1. S. 564. und Hesse in der in Note 28. citirten Schrift S. 62.) Aus dem deutschen Recht endlich kann hier der Retract ex jure vicinitatis erwähnt werden: Eichhorn, Einleitung in das deutsche Privatrecht. §. 99 u. 105. Allgemeines Preuß. Landrecht, Thl. I. Tit. 20. §. 650.

7) l. 2. §. 5. in fine. §. 6. in fine D. 39, 3., l. 1. C. 8, 1. Vgl. auch J. H. Böhme in der Doctrina de actionibus Sect. II. cap. XI. §. VII. Note 9. und unten Note 14 u. 58. — Durchaus abweichender Meinung ist Dirksen in v. Savigny's Zeitschrift für geschichtliche

Diese Rücksicht offenbart sich aber der Natur der Sache nach in einer doppelten Richtung, einmal in Beschränkungen des Rechts, auf eigenem Grund und Boden nach Belieben zu verfahren, und hieher gehören namentlich die Vorschriften, welche gewisse Anlagen von der Grenze zurückweisen [8]), andererseits in der Beilegung der Befugniß, zu eigenem Vortheil in des Nachbars Grenzbereich hinüberzugreifen [9]). Allerdings erscheint hierbei die Berücksichtigung

Rechtswissenschaft B. 2. S. 407 ff. Nach seiner Meinung sollen sich alle Eigenthumsbeschränkungen des Pandectenrechts auf die Förderungen allgemeiner Staatszwecke (S. 411), insbesondere polizeiliche Maßregeln, Begünstigung der Agricultur oder religiösen Ansichten zurückführen lassen (S. 412). Wenn es nun aber auch richtig ist, daß l. 10. D. 8. 2. (und l. 30. D. 7. 1.) auf dem besondern „Verhältnisse des Erben zum Legatar" beruht, welches „in allen Punkten durch die Regeln der bona fides modificirt ist" (S. 408), und daß das Billigkeitsprinzip unter den späteren Kaisern, namentlich l. 12. §. 2. C. 8. 10. (S. 409) keinen Maasstab für den Geist des Pandectenrechts abgeben kann, so ist doch in den oben citirten Pandectenstellen nicht wie in anderen, auf die utilitas publica (z. B. l. 43. D. 11. 7. Vgl. Brissonius de V. S. s. v. utilitas), vielmehr ausdrücklich auf die aequitas verwiesen und man darf darin ganz unbedenklich zunächst die Absicht einer billigen Begünstigung des Nachbars erkennen, wenngleich man eine solche wohl vorzugsweise mit Rücksicht auf den Ackerbau eintreten ließ. Auf der anderen Seite kann man aber nicht blos „bezweifeln, ob die Legislation das Billigkeitsprinzip jemals zur allgemein gültigen Regel erhoben hat" (S. 409), sondern man kann dieses sogar mit Fug bestreiten, ohne damit leugnen zu müssen, daß dasselbe auch schon in der besten Zeit des Römischen Rechts (S. 411) seine Anerkennung gefunden habe. Vgl. noch Note 9 u. 11.

8) Die in l. ult. D. 10. 1. bestimmten Entfernungen sind freilich niemals Römischen Rechts gewesen: Rosen, fragm. Gajani etc. interpretatio. Lemgo 1831. Ueber den sestertius pes als ambitus parietis (Dirksen, a. a. O. S. 414 f.) — und ähnliche Römische Beschränkungen, namentlich auch l. 12 u. 13. C. 8. 10: Rosen, a. a. O. p. 9 sqq., und über Eigenthums-Beschränkungen des Germanischen und Französischen Rechts, dessen Citate p. 8. in den Noten. Vgl. auch Sintenis' Civilrecht. S. 477. (und wegen l. 12. C. 8. 10. S. 13.)

9) l. 2. §. 5. D. 39. 3. und dazu Unterholzner, Schuldverhältnisse. B. 2. S. 197. Note m. l. 5. §. 3—5. D. 10. 4. Hieher ge-

des Ackerbaues namentlich als ein gewichtiges Moment[10]. Doch kann in einzelnen Satzungen und Entscheidungen die Anerkennung des bloßen Aequitätsprinzips unmöglich verkannt werden[11].

Ueberall aber behielt die Befugniß, in des Nachbars Grenzen hinüberzugreifen, in mehrerem oder niederem Grade einen exceptionellen Charakter. Im Allgemeinen brauchte derselbe nichts zu gestatten, was an seinen Boden oder in seinen Luftraum hinübergriff, und selbst einen Eingriff ohne alle Beschädigung des fremden Eigenthums war der Eigenthümer zu dulden nicht gehalten[12].

---

hört auch das Interdict de glande legenda: Sintenis, Civilrecht, B. 1. S. 475 f. und daselbst die Literatur. Dirksen, a. a. O. S. 424.

10) l. 1. §. 3—6 §. 15. D. 39. 3., l. 14. §. 1. C. 3. 34. und hierzu Sintenis, a. a. O. S. 476. Note 27.

11) Hierher rechnen wir unbeirrt durch l. 3. §. 14. D. 10. 4. die actio ad exhibendum, gegenüber dem früheren Interdict de glande legenda, welche nicht einmal auf das nachbarliche Verhältniß beschränkt war (s. Note 9), ferner l. 17. pr. D. 8. 5. Wenn nämlich Sintenis, a. a. O. S. 477. Note 3. auch mit Recht bemerkt, daß das Maas (einer Mauer-Bauchung) von einem halben Fuß nur beispielsweise und zufällig gewählt sei, so ist doch auch soviel hier ersichtlich, daß der Nachbar mit dem Nachbar nicht nach strictum jus, sondern nach Billigkeit rechten solle. Eine weitergehende Begünstigung vorhandener Gebäude, als des Ackerbaues, findet sich in l. un. §. 2. D. 43. 27 vgl. mit §. 7 u. 9 eod. Daß diese Bestimmung auf sicherheitspolizeilichen Rücksichten beruhe wird nach §. 3. bedenklich, wonach: „Arboris appellatione etiam vites continentur".

12) Es gehört hieher das interdictum uti possidetis, dessen Beschränkung auf solche Fälle, wo sich der Turbant Besitz anmaßt (— so Mühlenbruch, v. Vangerow und Sintenis — dieser a. a. O. S. 466 —) nicht unbedenklich erscheinen will: vgl. Unterholzner, a. a. O. B. 2. S. 123. l. 8. §. 5. in fine D. 8. 5. coll. l. 11. D. 43. 16. — Ferner gehört hieher die actio injuriarum, welche nur ex lege Cornelia, nicht aber anderweitig auf das Eindringen in fremde Wohnungen beschränkt war: l. 5. pr. §. 2—6., l. 23. D. 47. 10. coll., l. 18—21. D. 2. 1. Walter, Rechtsgeschichte §. 760 (2. Aufl.) — sodann die actio negatoria: vgl. Schneider in der Gießener Zeitschrift B. 5. S. 350, auch unten Note 75 u. 87.

Ob aber auch die Beschränkungen der Thätigkeit auf eigenem Grund und Boden überall mehr oder minder als exceptionelle erscheinen müssen, ob nicht hier vielmehr der allgemeine Grundsatz anerkannt worden,

daß man auch auf eigenem Boden nur soweit thätig sein dürfte, als dadurch kein Schaden für den Nachbar herbeigeführt werde,

diese Frage soll im Nachstehenden einer näheren Untersuchung unterworfen werden.

Der in den Gesetzen vorkommende Ausspruch:

sic enim debere quem meliorem agrum suum facere, ne vicini deteriorem faciat [13])

erscheint für einen solchen allgemeinen Satz nicht beweisend, da er an den Fall einer wirklichen Immission auf fremden Grund und Boden angeknüpft wird.

Mit scheinbarerem Grunde könnte auf den Ausspruch:

prodesse sibi unusquisque, dum alii non noceat, non prohibetur

Gewicht gelegt werden, da hier ausdrücklich vorausgesetzt wird, daß bei diesem prodesse eine Immission, ein Uebergreifen auf fremden Grund und Boden nicht vorgekommen, dennoch aber Unschädlichkeit der Handlung gefordert wird [14]).

Ehe wir aber in der Untersuchung der aufgeworfenen Frage weiter gehen, müssen wir wohl vorab einen Blick auf den Gang werfen, welchen das Recht der Indemnisation im Allgemeinen bei den Römern genommen hat. Dieser war nun aber ein solcher, wie er bei der allmäligen Fortbildung des Rechts überall nicht befremden kann. Auch als die umfassende Lex Aquilia an die Stelle mancher frü-

---

13) l. 1. §. 4. D. 39. 3.

14) l. 1. §. 11. D. 39. 3: Iidem ajunt, aquam pluviam in suo retinere, vel superficientem ex vicini in suum derivare, dum opus in alieno non fiat, omnibus jus esse; prodesse enim sibi unusquisque, dum alii non noceat, non prohibetur; nec quemquam hoc nomine teneri. (Der Schlußsatz ist als selbständiger Grundsatz nicht durchgreifend wahr und als Grund nicht der wahre. f. Note 58.)

heren Bestimmungen trat [15]), wurden Schadensansprüche immer nur noch in beschränktem Maaße anerkannt, nach und nach aber erst analoge Anwendungen und Ausdehnungen ob aequitatem gebilligt und zuzelassen.

Es kann nicht unsere Absicht sein, das gesammte Recht der Lex Aquilia hier zur Erörterung zu ziehen. Als für unsern Zweck geeignet heben wir aber zunächst hervor, daß ein Anspruch ex lege Aquilia nur dann gegeben wurde, wenn das als dolus oder culpa zuzurechnende Ereigniß ein actives, eine wirkliche Handlung, war, nicht aber auch da, wo der angerichtete Schaden auf dem bloßen Unterlassen geeigneter Vorkehrungen beruhte.

Es verpflichtete demnach auch den Eigenthümer eines Gebäudes keineswegs zur Indemnisation des Beschädigten, wenn dasselbe in Folge eingetretener Schadhaftigkeit in des Nachbars Grenzbereich Schaden stiftend hinüberstürzte, jener war vielmehr, wenn er die Illata nicht vindiciren wollte, lediglich zur Wegschaffung oder Dereliction der Trümmer gehalten [16]).

Eine fernere Bedingung der actio legis Aquiliae war die, daß durch jene active Einwirkung eine Veränderung der Sache, welche den Werth derselben verminderte, herbeigeführt war, sie mußte sich z. B. als ein urere, frangere, rumpere oder scindere, überhaupt aber als ein corrumpere, als ein Verderben der Substanz herausstellen [17]). Es gehörte demnach ebensowenig hieher, wenn die Sache ohne eigentliche Verletzung derselben dem Ei-

15) Unterholzner, Schuldverhältnisse. B. 2. S. 674.

16) Vgl. vorläufig l. 7. §. 1 u. 2. D. 39. 2., das Nähere unten in Note 34. Davon, wenn ein solcher Fall unter einen anderen Gesichtspunkt gestellt werden kann (l. 13. D. 8. 5.) unten bei Note 74—82, auch Note 87.

17) l. 27. §. 13 ff., besonders §. 25—27. D. 9. 2., l. 13. §. 2. D. 7. 1. Unterholzer, a. a. O. S. 714.

genthümer entzogen wurde [18]), als wenn man derselben fremdartige Gegenstände, zwar zum Nachtheile des Eigenthümers, aber ohne eigentliches Verderben der Sache an sich, beimischte [19]), noch endlich war ein Verzehren derselben unter dem Recht der Lex Aquilia begriffen [20]).

Die Klage aus derselben erfordert aber zu ihrer Anwendbarkeit auch noch dieses, daß die subjective imputabele Handlung die objectiv entstandene Verletzung unmittelbar quasi manu, oder wie es auch heißt Leib an Leib corpore corpori [21]), herbeigeführt habe. Die eingetretene Beschädigung mußte als die directe Wirkung der imputabelen Thätigkeit an sich, nicht erst als eine anderweitig ermittelte Folge erscheinen können.

So war das Recht, welches aber nothwendig im Leben zu mancher Iniquität, zu mancher Unbill Veranlassung werden mußte. Es war daher auch hier wieder die Jurisprudenz, insbesondere aber der Prätor, welche vermittelnd dazwischen traten, und Ansprüche vermöglichten, welche nach strengem Recht nicht zulässig erscheinen konnten.

Das erste und nächstliegende Mittel, welches sich hierzu darbot, war die Gestattung von aushülflichen, in factum gerichteten Klagen [22]).

Eine solche actio in factum gestattete man nun sowohl dann, wenn an ein actives Thun sich eine imputabele Un-

---

18) l. 14. pr. und §. 2. D. 19. 5., l. 27. §. 21. D. 9. 2. Unterholzner, a. a. O. S. 693. §. ult. J. 4. 3., l. 55. D. 41. 1. Unterholzner. S. 694.

19) l. 27. §. 14. 20. D. 9. 2. Unterholzner. S. 693.

20) l. 30. §. 2. D. 9. 2.

21) §. ult. J. 4. 3. (coll. l. 51. pr. D. 9. 2.) Durch den Ausdruck (corpore) corpori ist die Beschädigung von Immobilien nicht ausgeschlossen (l. 50. D. 9. 2.), zumal der Ausdruck corpus loci ein quellenmäßiger ist: l. 4. pr. D. 8. 5.

22) Göschen, Vorlesungen, §. 592. B. 2. Abthlg. 2. S. 569. Unterholzner, Schuldverhältnisse, B. 2. S. 694 ff.

terlassung dergestalt anschloß, daß beides gemeinschaftlich als Ursache des entstandenen Schadens zu betrachten war [23]), als auch ferner in den Fällen, wo keine eigentliche Sachbeschädigung vorlag [24]), sowie endlich auch da, wo kein unmittelbar, Leib an Leib, zugefügter Schaden in medio war [25]).

Eine dreifache Schranke wurde aber auch hierbei noch festgehalten, einmal a) das Erforderniß einer culpa, sodann b) daß der Schaden nicht auf bloßer Omission beruhen dürfe, endlich c) daß man da, wo die imputabele Thätigkeit den entstehenden Schaden nicht an sich schon bewirkte, vielmehr nur die Schädlichkeit einer weiteren Ursache vermöglichte, an dem Erfordernisse einer unmittelbaren Einwirkung der letzteren auf den beschädigten Gegenstand festhielt. Ließ man also auch da eine actio in factum zu, wo Jemand Wasserleitungsröhren an einer fremden Wand anbrachte, und das durch dieselbe fließende Wasser Schaden anrichtete [26])

23) l. 30. §. 3. D. 9. 2., l. 8. pr. l. 27. §. 9. eod. Unterholzner, a. a. O. S. 695 ff.

24) Oben Note 18—24.

25) l. 11. §. 5. D. 9. 2. Das unbefugte Weidenlassen von Vieh, wofür die 12 Tafeln eine actio de pastu pecoris aufgestellt hatten (l. 14 §. 3. D. 19. 5.), der Codex aber eine actio ex sententia legis Aquiliae anerkannt (l. 6. C. 3. 35.), kann selbst im Falle der Immission (l. 14. cit.) wenigstens aus dem Gesichtspunkte bei Note 24 aufgefaßt werden. Vgl. Paulus sent. I, 15. 1: Si quadrupes pauperiem fecisset damnumve dederit, quidve depasta sit. Unterholzner, B. 2. S. 713.

26) l. 18. D. 8. 2. (Pomponius): Si fistulae, per quas aquam ducas, aedibus meis applicatae, damnum mihi dent, in factum actio mihi competit: sed et damni infecti stipulari a te potero. Neben dieser Stelle (vgl. noch l. 27. §. 10. D. 9. 2.), kommt zweckmäßig auch l. 57. D. 19. 2. zur Besprechung, woselbst es heißt: Qui domum habebat, aream injunctam ei domui vicino proximo locaverat: Is vicinus, cum aedificaret in suo, terram in eam aream amplius, quam fundamenta caementitia locatoris erant, congessit, et, ea terra assiduis pluviis inundata, [ita] pariete ejus, qui locaverat, humore praestituto

so geschah dieses doch nicht auch da, wo Jemand eine Düngergrube auf eigenem Grund und Boden anlegte, mochte diese auch vermöge des demnächstigen Durchdringens der Feuchtigkeit eine Beschädigung des Nachbars herbeiführen [27].

Bei dieser beschränkten Anwendbarkeit der actio in factum, wie sie ad a, b und c bestimmt worden, schien noch ein weiteres Mittel zur Versöhnung des strengen Rechts mit den Anforderungen der Billigkeit wünschenswerth, und dieses bot sich in der von dem Prätor hierzu verwendeten cautio damni infecti [28].

Es war dieses das Mittel, auch solchen Schadensan-

[madefacto], aedificia corruerunt. Labeo ex locato tantummodo actionem esse ait, quia non ipsa congestio, sed humor ex ea congestione postea damno fuerit, damni autem injuriae actio ob ea ipsa sit, per quae non extrinsecus alia causa oblata damno quis affectus sit. Hoc probo (Javolen). Unterholzner, Schuldverhältnisse. B. 2. S. 696 ff. findet in den beiden angeführten Stellen eine Meinungsverschiedenheit der resp. Verfasser. Die Vereinigung scheint aber in dem Worte: „extrinsecus" der l. 57. cit. zu liegen. Es wird hier nicht bloß die Schädlichkeit einer „alia causa", wie in l. 18. D. cit, vielmehr die einer „alia causa extrinsecus oblata", einer dem ursprünglichen Unternehmen völlig fremden, anderweitigen causa, vermöglicht. So weit geht aber die actio damni injuria dati weder als vulgaris, noch als actio in factum. Ja sogar die cautio damni infecti, obgleich sie allerdings das „damnum extrinsecus accidens" umfaßt (l. 24. §. 2. D. 39. 2), geht doch nicht auf „omne damnum, quod exstrinsecus contingat". l. 24. §. 3 sqq. eod. Vgl. Note 35.

27) l. 17. §. 2. D. 8. 5. (Alfenus): Secundum cujus parietem vicinus sterculinum fecerat, ex quo paries madescebat, consulebatur, quemadmodum posset vicinum cogere, ut sterculinum tolleret? Respondi, si in loco publico id fecisset, per interdictum cogi posse: sed, si in privato, de servitute agere oportere, si damni infecti stipulatus esset, possit per eam stipulationem, si quid ex ea re sibi damni datum esset, servare. Vgl. Note 81.

28) Die cautio damni infecti von Chr. Aug. Hesse. 2. Aufl. Leipzig (Taubert) 1841, eine fleißige, beachtenswerthe Monographie, die der Verfasser dieser Abhandlung übrigens erst nachträglich benutzen konnte.

sprüchen Anerkennung zu verschaffen, welche weder nach dem eigentlichen, noch nach dem erweiterten Recht der actio legis Aquiliae zulässig erscheinen konnten [29]) und zwar geschah dieses in der dreifachen Richtung gegen die Beschränkungen zu a, b und c.

Zur Erwirkung einer solchen cautio damni infecti war im Allgemeinen nichts weiter erforderlich, als die Behauptung eines drohenden Schadens und die Ableistung des juramenti calumniae [30]). War dieses vorausgegangen, so erzwang [31]) der Prätor die cautio damni infecti, aus welcher dann später regelmäßig [32]) eine actio ex stipulatu für den Verletzten begründet war [33]).

Hatte sich also der Beschädigte auf diese Weise vorge-

---

29) l. 6. D. 39. 2.: Evenit, at nonnunquam damno dato nulla nobis competat actio, non interposita antea cautione: veluti, si vicini aedes ruinosae in meas aedes ceciderint: adeo ut plerisque placuerit. ne cogi quidem eum posse, ut rudera tollat, si modo omnia, quae jaceant, pro derelicto habeat. Wegen der alten legis actio: Gajus IV, 31. Unterholzner, B. 2. S. 720. 721, und wegen der actio aquae pluviae arcendae (ob damnum infectum) als actio legitima: Derselbe, S. 195. Uebrigens ist die actio aquae pluviae arcendae ein ungleich vortheilhafteres Rechtsmittel, als die actio damni infecti und die operis novi nunciatio. „Nam ut restituatur opus, quod quis jure factum habet in suo, neutro ex prioribus illis praecise agitur ... At in hac actione opus factum, quo aqua pluvia nocere potest, restituitur omnimodo, et quidem nulla de restituendo cautione interposita, quamvis maxime constet, dominum esse, qui in suo quid fecerit.“ Donellus commentar. jur. civ. Lib. XV. cap. 48, ubi vide plura. Vgl. unt. Note 87 (auch Note 77.)

30) l. 13. §. 3. 12. 13. 14. D. 39. 2. — Vgl. Wernher, Observatt. VII, 69.

31) Ueber die hierzu angewandten Immissionen. Unterholzner, Schuldverh. B. 2. S. 718. Nr. IX. Hesse, a. a. O. S. 104—123.

32) s. Unterholzner, a. a. O. S. 716 ff. Nr. III—VII.

33) Unterholzner, a. a. O. S. 717. Nr. X. und über die actio in factum für den Fall der Weigerung der Caution und des Widerstandes gegen die Immission. S. 720. Nr. XII. Vgl. auch unten Note 99.

sehen [34]), so wurde ihm, wie bereits bemerkt, regelmäßig ein klagbarer Anspruch gegeben, und zwar:

a) nicht bloß im Falle einer imputabelen Thätigkeit, die sich zu keiner actio in factum eignet, sondern

b) auch im Falle einer bloßen imputabelen Unterlassung, ja endlich

c) selbst auch außer dem Falle einer erweislichen culpa [35]).

---

34) Aber auch, wenn er verhindert gewesen, oder der Schaden im Laufe der Verhandlung eintrat: Unterholzner, a. a. O. S. 719 f. Nr. XI. l. 9. pr. l. 15. §. 28. D. 39. 2. Eigenthümlich gestaltet sich die Sache da, wo auf das Eigenthum des Einen Eigenthum eines Anderen ohne des Letzteren Concurrenz gelangt ist und dort zur Beschädigung geführt hat. Ist hier nämlich eine Cautionsleistung vorher nicht nachgesucht worden, so wird a) wenn der Andere sein Eigenthum vindicirt, dieses nur sub cautione auch de damno jam facto gestattet: l. 7. §. 2. l. 9. §. 2. D. 39. 2. Wenn er dagegen b) derelinquirt, so findet ein Anspruch de damno jam facto nur insoweit statt, als der Beschädigte an der Cautionserwirkung ohne alle Schuld gehindert war: l. 9. pr. D. eod. Zum „tollere“ der Illaten oder „derelinquere“ des Ganzen ist der Andere wenigstens nach Julians und Ulpians Meinung, auch wenn er die Illata aufgiebt, unbedingt gehalten (l. 7. §. 2. in fine cit.), dagegen „ut damnum sarciat“ nur unter der Voraussetzung des unverschuldeten Verhindertseins des Beschädigten an der Erwirkung der Caution: l. 9. pr. D. cit. Wie aber jetzt die l. 8. (von Gajus) eingeschoben ist, wäre außer dem Falle der entschuldbaren Verhinderung nicht einmal mehr eine Verpflichtung zum tollere bei Vermeidung des Verlustes des Ganzen, wozu die Illaten etwa gehören, vorhanden, der Beschädigte dürfte sich vielmehr lediglich an die wirklichen Illaten zu halten haben. Vgl. l. 6. eod. auch unten Note 87. — Abweichend ist Sintenis im deutschen Corpus Juris. B. 4. S. 28. 29.

35) l. 18. §. 4. D. 39. 2: Ei, qui in conducto solo superficiem imposuit, dominus soli, quod vitio soli damnum futurum sit, cavere non debebit, nec soli domino superficiarius: quia invicem ex conducto et locato habent actiones; in quas tamen actiones ultra culpam nihil venit: plus autem venit in stipulationem damni infecti, quod quidem vitium ejus esse dicitur. (Ueber vitium [welches als der allgemeinere Begriff auch für culpa stehen kann: Heimdorf zu Hor. Sat. I, 2. 76.] für „unverschuldete“ Fehler, vgl. beiläufig Döderlein, Lateinische Synonyme. Thl. 2. S. 151 u. 152.) Das deutsche Corpus

Unbegreiflich ist es aber hierbei

1) wie man die Wirksamkeit der cautio damni infecti auf Schäden, welche durch schadhafte „Bäume und Bauwerke" angerichtet werden, beschränken konnte [36]. Ausdrücklich und ganz allgemein ist nämlich neben vitium aedium et arborum auch von vitium loci die Rede [37], und nur eine natürliche, fortdauernde oder immer wiederkehrende, schädliche Beschaffenheit des Nachbarbodens soll einen Anspruch ex cautione damni infecti nicht begründen [38].

Ebenso unbegründet ist

2) die andere Beschränkung auf „schadhafte" [39] und da-

Juris übersetzt hier sonderbar genug: „was eben die Last der Stipulation genannt wird." Wir vermuthen, daß statt „ejus" extrinsecus stand, nach l. 24. §. 2 u. 3. D. eod. — (Wegen der Zulässigkeit der Construction: „vitium extrinsecus" verweisen wir auf Varro de L. C. VII, 5: „nomina declinantur ...... in eas res extrinsecus, quarum ea nomina non sunt." cf. Ferdinand Hand im Turcellinus. Vol. II. p. 683 u. 684.) — Zu vergleichen ist auch nach l. 7. §. 1. D. 39. 3. wegen der Zusammenstellung mit der pauperies. Wo es übrigens feststeht, daß es dem Repräsentanten der Schaden stiftenden Sache in keiner Weise möglich war, den Schaden zu hindern, da muß freilich auch ein Anspruch ex cautione damni infecti cessiren. l. 24. §. 3—12. D. 39. 2. Vgl. Note 26 u. 42.

36) So Unterholzner, a. a. O. B. 2. S. 714. Richtiger hier Göschen, Note 39. Hesse, a. a. O. S. 24.

37) l. 24. §. 2. 9. 12. D. 39. 2. arg. l. 18. §. 4. D. eod. (Note 35.) Vgl. übrigens wegen der Anlagen auf öffentlichen Plätzen l. 24. pr. D. eod. Hesse. S. 33.

38) l. 24. §. 2. D. 39. 2. vgl. l. 28. D. 8. 2. auch Hesse, a. a. O. S. 25 ff.

39) Unterholzner, B. 2. S. 715. (Vgl. unten Note 53.) Göschen sagt ebenfalls (Vorlesungen, B. 2. Abthlg. 2. S. 704.): „Die fehlerhafte Beschaffenheit eines fremden Gebäudes, überhaupt eines fremden Werkes droht mir Gefahr." Er bezeichnet dieses als den Hauptfall. Sein Nebenfall wegen positiver culpa bei an sich rechtmäßigen Anlagen auf fremdem Grund und Boden (l. 30. D. h. t. l. 3. §. 11. l. 5. §. 4. D. 43. 19. l. 3. §. 9. D. 43. 21. l. 5. D. 39. 3.)

durch Schadenstiftende Gegenstände, also auf Schäden durch bloße Omission.

Denn wenn es schon an sich und nach dem Recht der Lex Aquilia nicht denkbar ist, daß der Prätor nur bei einer imputabelen Unterlassung eine Sicherstellung gewähren, bei einer imputabelen Thätigkeit aber eine solche versagen sollte, so stehen doch auch viele ausdrückliche Quellenzeugnisse der Annahme einer solchen Beschränkung entgegen. So wird z. B. da, wo Jemand Röhren an einer fremden Wand [40]) ferner wo er auf eigenem Boden eine Düngergrube oder einen Spülicht-Abfluß angelegt hat, und dadurch eine Beschädigung des Nachbars vermittelt wird, die Berechtigung zur cautio damni infecti ausdrücklich anerkannt [41]).

Der in mehreren Stellen des betreffenden Pandectentitels vorkommende Ausdruck vitium operis [42]) kann ebenfalls

---

erschöpft die Sache aber keineswegs. Vgl. auch Hesse, a. a. O. S. 28 ff.

40) Vgl. oben Note 26 u. 27

41) l. 29. D. 8. 2. (Paulus): Foramen in imo pariete ... quod esset proluendi pavimenti causa, id neque flumen esse, neque tempore acquiri placet ... neque enim perpetuam causam habet, quod manu fit .... l. 29. (Pomponius): Si quid igitur ex eo foramine, ex quo servitus non consistit, damnum vicinus sensisset, dicendum est, damni infecti stipulationem locum habere." Weiß hier der Beschädigte, von wem die schädliche Immission herrührt, so ist ohne Zweifel eine actio in factum (Note 26), oder vielmehr eine actio legis Aquiliae zu begründen: vgl. l. 30. §. 3. D. 9. 2. und dazu Unterholzner, a. a. O. S. 695 ff. in den Noten.

42) l. 24. pr. §. 2. 6. 12. D. 39. 2. l. 19. §. 1. l. 20. l. 30. pr. eod. (vgl. unten Note 53.) s. auch Brissonius de V. S. s. v. vitium. Aus l. 24. §. 7. eod. folgt nicht, daß die Wirksamkeit der cautio damni infecti sich überall nicht auf die Folgen einer culpa in faciendo erstrecke, (vgl. Unterholzner. B. 2. S. 715), sondern diese Stelle erklärt sich wohl einfach aus dem vorhergehenden §., auf welchen ja auch das „Praeterea" im Eingange unverkennbar hinweist, in Verbindung mit l. 50. l. 109. D. 50. 17. l. 3. l. 4. pr. D. 9. 4. l. 44 §. 1. l. 45. pr. D. 9. 2. (Vgl. Unterholzner. B. 1. S. 441. 447 ff.) S. oben Note 35. und vgl. auch noch l. 41. D. 19. 2. über „prae-

nur auf an sich Schadenstiftende Unternehmungen, nicht aber auf schadhafte und dadurch Nachtheil bringende Werke bezogen werden. Ueberhaupt darf man unbedenklich den allgemeinen Satz hinstellen:

Auch Beschädigungen, welche sich nicht zu einer Klage nach erweitertem Aquilischem Rechte eignen, können, gleichviel ob sie durch positives Thun oder durch bloße Omission herbeigeführt worden, vermittelst einer zeitig erwirkten cautio damni infecti zum Gegenstande eines Anspruchs erhoben werden.

Mit Rücksicht aber auf den Hauptgegenstand unserer Untersuchung, die nähere Bestimmung der Unumschränktheit des Eigenthümers innerhalb seines eigenen Grenzbereichs, müssen wir noch besonders hervorheben, daß selbst solche wirkliche Schadenstiftungen von der Geltendmachung aus einer erwirkten cautio damni infecti nicht ausgeschlossen sind, bei welchen sich der Eigenthümer durchaus auf seinem eigenen Grund und Boden verhalten, und die Grenzen desselben durch keinerlei Art von Immission überschritten hat [43]. So vielfach dieses nämlich auch verkannt und geleugnet worden, wobei man sich namentlich auf den vagen Satz von der Unumschränktheit des Eigenthums und den eben so vagen: „qui jure suo utitur, neminem laedit“ beruft, so läßt sich doch die Richtigkeit des von uns Behaupteten durch einen quellenmäßigeu Beweis zur vollständigsten Gewißheit erheben. Allerdings ist der oben [44]) bereits angeführte Quellen-Ausspruch begründet:

In suo alii hactenus facere licet, quatenus nihil in alienum immittat.

---

terea“ aber im Sinne von „alioquin,“ sonst Ferdinand Hand im Turcellinus, Vol. IV. p. 547. Hesse, a. a. O. S. 36. erklärt die l. 24. §. 7. aus der Subsidiarität der Caution. Vgl. aber Note 86. (l. 27. §. 10. D. 9. 2.)

43) Vgl. auch Hesse, a. a. O. S. 35–38.

44) Note 1.

Wenn aber schon, wie dieses von Niemanden geleugnet wird, die Fälle, in welchen Jemand vielmehr animo nocendi, quam sibi prospiciendi thätig ist, eine Ausnahme machen [45]), so ist doch, auch abgesehen hiervon, der obige Satz nur insoweit wahr, als das strenge Recht im Falle jenes qualenus keine Rechtshülfe und selbst der Prätor und die Jurisprudenz nicht einmal eine actio in factum gewähren.

Ein Anspruch aus der cautio damni infecti ist aber unbedenklich auch in folgenden Fällen, wie in allen einer wirklichen Beschädigung begründet, für welche keine zureichende Rechtfertigung vorhanden, und keine andere Rechtshülfe bereitet ist [46]).

Vergebens behauptet man auch, die zureichende Rechtfertigung sei mit dem Umstande gegeben, daß man sich lediglich innerhalb seiner Grenzen gehalten, und sich keinerlei Art von Immission erlaubt haben. Denn nur für das strenge Recht, nicht für die durch den Prätor vertretene aequitas kann dieser Grund als genügende Rechtfertigung gelten, wie der nunmehr aus den Quellen zu führende Beweis für den

---

45) l. 1. §. 12. D. 39. 3. (unten Note 60), daß hier „nicht auf die Aquilische Klage, sondern auf die doli actio Bezug genommen" wird (Unterholzner. B. 2. S. 696), darf nicht befremden, wenn man den vorausgesetzten Thatbestand ins Auge faßt, welcher nicht einmal irgendwie unter dem Gesichtspunkte einer Immission, geschweige denn als ein damnum corpore corpori datum erscheinen kann. Vgl. auch l. 13. pr. l. 5. §. 2. in fin. D. 19. 5. Die in der letzteren Stelle vorkommende actio in factum ist übrigens sicher nicht die, „welche an das Aquilische Gesetz sich anlehnt", wie Unterholzner will B. 2. S. 77.

46) l. 32. D. 39. 2. (Gajus): — — si unas aedes communes tecum habeant, eaeque vitium faciant, et circa refectionem earum cessare videaris, nostri praeceptores negant, cavere te debere, quia ipse reficere possim, recepturus pro parte quod impenderim judicio societatis aut communi dividundo: ideo et interpositam cautionem minus utilem futuram, quia alia ratione damnum mihi possit sarciri" etc. Vgl. Note 85.

behaupteten Bereich der cautio damni infecti zur Genüge ergeben wird.

Es gehört nun aber zunächst hierher, wenn da, wo Jemand so tief in eigenen Grund und Boden eingräbt, daß des Nachbars Mauer einstürzen muß, ein Anspruch ex cautione damni infecti ausdrücklich anerkannt wird [47]. Freilich hat man diese Stelle vielfach als singuläres Recht behandelt und ihr deshalb ihren Platz unter den speciellen Eigenthumsbeschränkungen angewiesen [48]. Wir aber vermögen darin ein jus singulare nicht zu erkennen, wäre auch wirklich anzunehmen, daß Gebäulichkeiten sich im Nachbarrecht einer besonderen Begünstigung zu erfreuen hätten [49].

Dafür nämlich, daß hier keine Singularität vorwalte, daß es vielmehr überhaupt rechtlich möglich sei, auch ohne alle Immission erfolgte Beschädigungen vermittelst einer vorher erwirkten cautio damni infecti zu klagbaren Ansprüchen zu erheben, ist eine Stelle von Proculus und Ulpian durchaus entscheidend, welche seither wohl in dieser Lehre so gut wie gar nicht, jedenfalls aber viel zu wenig beachtet wurde [50].

Trebatius scheint sogar der Ansicht gewesen zu sein, daß die Wirksamkeit einer erlangten Caution sich auch auf das Verbauen einer Aussicht erstrecken müsse [51]. Diese An-

---

47) l. 24. §. ult. D. 39. 2: Si tamen tam alte fodiam in meo, ut paries tuus stare non possit, damni infecti stipulatio committetur. Vgl. Note 53.

48) So Thibaut, Pand. §. 583. (7. Ausg.) Wening-Ingenheim, Civilrecht. B. II. Cap. 2. §. (12) 118. Bd. 1. S. 290 der 5. Ausg. (von Fritz.) Göschen, Vorlesungen. B. 2. Abthlg. 1. S. 26 nnd selbst noch Sintenis Civilrecht. B. 1. S. 476.

49) Vgl. oben Note 11.

50) l. 26. D. 39. 2. (Note 55) Vgl. übrigens die nachgetragene Stelle des Donellus in Note 59.

51) l. 25. D. 39. 2: Trebatius ait, etiam eum accipere damnum, cujus aedium luminibus officiatur. Natürlich aber nur auf Grund einer cautio d. inf. Denn s. l. 9. D. 8. 1. und oben Note 1.

sicht weißt nun Proculus in der bereits citirten Stelle zurück, indem er sagt:

„quamvis . . . . luminibus officias, tamen ex ea stipulatione actionem mihi non competere; scil. quia non debeat videri is damnum facere, qui eo veluti lucro, quo adhuc utebatur, prohibetur; multumque interesse, utrum damnum quis faciat, an lucro, quod adhuc faciebat, uti prohibeatur. Mihi — setzt Ulpian hinzu — vera videtur Proculi sententia.“

Hier haben wir also den ganz allgemein gehaltenen Grundsatz, daß aus einer vorher erwirkten cautio damni infecti auch solche Schäden geltend gemacht werden können, wobei sich der Nachbar lediglich innerhalb seiner Grenzen gehalten hat, wie dieses bei dem bloßen Verbauen einer Aussicht der Fall ist. Denn nicht deßhalb wird hier der Anspruch versagt, weil der Nachbar in meinen Grenzbereich in keiner Weise hinübergreife, sondern nur deßhalb, weil er mir nicht eigentlichen Schaden zufüge, vielmehr mir nur einen precären Gewinn entziehe[52]), zu welchem überall keine eigentliche Berechtigung vorhanden ist, welcher vielmehr lediglich auf der dermaligen Gestaltung der örtlichen Verhältnisse, also auf rein factischer Grundlage beruht.

Bei Veranstaltungen auf öffentlichem Boden geht der Begriff des zu vertretenden Schadens allerdings überall so weit und auf jedes incommodum: l. 24. pr. D. 39. 2: ... „dum tamen sine incommodo cujusquam fiat.“ l. 2. §. 11. D. 43. 8: Damnum pati videtur, qui commodum amittit, quod ex publico consequebatur, quale quale sit. §. 12: Proinde si cui prospectus, si cui aditus fit deterior aut angustior, interdicto opus est. Der Grund liegt nicht fern: man soll auf eigenem Grund und Boden freiere Hand haben.

52) Vgl. auch l. 71. §. 1. D. 47. 2: Ejus rei, quae pro herede possidetur, furti actio ad possessorem non pertinet, quamvis usucapere quis possit: quia furti agere potest is, cujus interest, rem non subripi; interesse autem ejus videtur, qui damnum possurus est, non ejus, qui lucrum facturus esset. Vgl. v. Vangerow, Pand. B. 3. S. 43. Unterholzner, a. a. O. B. 2. S. 682, beiläufig auch noch S. 124. Note e.

Hauptsächlich durch diese Stelle tritt nun auch eine andere [53]) von (Trebatius und) Ulpian in ihr wahres Licht. Auch hier wird die Erwirkung einer cautio damni infecti vorausgesetzt, alsdann aber weiter untersucht, inwiefern ich aus derselben verhaftet sei, wenn ich durch Anlegen eines Brunnens auf eigenem Grund und Boden dem Brunnen des Nachbars den ferneren Zufluß abschneide. Trebatius verneint hier die Haftbarkeit mit Zustimmung des Ulpian. Der Grund ist, weil mir die Schädlichkeit meiner Anlage da nicht zugerechnet werden könne, wo ich mich in meinem Rechte befunden habe. In meinem Rechte bin ich nun aber nicht sowohl deßhalb, weil ich mich innerhalb der eigenen Grenzen verhalten, und mir keinerlei Immission erlaubt habe, vielmehr nur insofern, als ich überall befugt bin, dem Nachbar ein ihm von meinem Grund und Boden zufließendes lucrum abzuschneiden, sofern ihm die Fortdauer desselben nicht durch einen besonderen Rechtstitel garantirt ist [54]). Auch hier ist also keine eigentliche Schadenszufügung im gesetzlichen Sinne in medio, sonst würde der Anspruch ex cautione damni infecti unbedenklich anerkannt sein, obgleich hier ebenfalls nicht so-

53) l. 24. §. 12. D. 39. 2: „Item videamus, quando damnum dari videatur, stipulatio enim hoc continet, quod vitio aedium, loci, operis damnum fit; utputa in domo mea puteum aperio, quo aperto venae putei tui praecisae sunt: an tenear? Ait Trebatius, non teneri me damni infecti: neque enim existimari, operis mei vitio [vgl. Note 42] damnum tibi dari in ea re, in qua jure meo usus sum. Si tamen tam alte fodiam in meo, ut paries tuus stare non possit, damni infecti stipulatio committetur.“ Ungenügend ist hier Hesse, a. a. O. S. 50 u. 51. — — Unterholzner, indem er bemerkt, das Edict gehe „nicht auf den Schaden, den das Bauwerk an sich zufügt“ (vgl. Note 39), citirte hierfür (!) „l. 24. §. 12. l. 26. D. 39. 2. und setzt hinzu: vgl. l. 24. §. ult. l. 25. D. ib.“ Sollte er auch den Schlußsatz der l. 24. §. 12. für reprobirt durch die l. 26. gehalten haben, weil in jenem von einer Schaden stiftenden Thätigkeit die Rede ist?

54) l. 1. §. 11 u. 21. l. 21. D. 39. 3. l. 10. C. 3. 34. Vgl. Note 14.

wohl von einer Immission, als vielmehr von der nachtheiligen Verhinderung einer solchen die Rede ist.

Zwar scheint es auf den ersten Blick, als ob die oben bereits theilweise angeführte Stelle des Proculus und Ulpian[55]) auch eine wirkliche Schadenszufügung, nur ohne Immission, das Entziehen nämlich des auf meinem Grund und Boden bereits befindlichen Wassers, trotz einer in der Mitte liegenden Caution dem Nachbar gestatten wolle.

„si in vicino tuo agro cuniculo vel fossa aquam meam avoces, quamvis-aquam mihi abducas, . . . tamen ex ea stipulatione actionem mihi non competere.“

Es sind jedoch mehr als ausreichende Gründe vorhanden, welche dafür sprechen, daß es sich hier nur von einem Ableiten und Hindern des ferneren Zuflusses handele, und daß der Ausdruck „aquam meam“ nur uneigentlich, von diesem ferneren Zuflusse, hier gebraucht sei.

Dafür spricht

1) daß von dem dem benachbarten Grundstücke angehörigen Wasser, welches portio fundi ist[56]), nicht hinterher gesagt werden könnte, dem Nachbar sei nur ein „lucrum, quo adhuc utebatur“ prohibirt worden. Dafür spricht

---

55) l. 26. D. 39. 2. Die Stelle lautet vollständig: Proculus ait, cum quis jure quid in suc faceret, quamvis promisisset damni infecti vicino, non tamen cum teneri ex stipulatione: veluti si juxta mea aedificia habeas aedificia, eaque jure tuo altius tollas; aut si in vicino tua agro cuniculo vel fossa aquam meam avoces; quamvis enim et hic aquam mihi abducas et illic luminibus officias, tamen ex ea stipulatione actionem mihi non competere; scil. quia non debeat videri is damnum facere, qui eo veluti lucro, quo adhuc utebatur, prohibetur; multumque interesse utrum damnum quis faciat, an lucro, quod adhuc faciebat, uti prohibeatur. Mihi videtur vera esse Proculi sententia. (Ueber damnum facere i. e. pati: Brissonius de V. S. s. v facere Nr. 3.)

56) l. 11. pr. D. 43. 24. l. 1. §. 4. D. 43. 12. l. 6. C. 3. 34.

2) daß auch die Entziehung des ferneren Zuflusses von Regenwasser als Entziehung eines bloßen lucri betrachtet wird, welche zu keinem Anspruche berechtigen könne [57]), daß dagegen

3) hinsichtlich des auf fremdem Grund und Boden bereits befindlichen Regenwassers dem Nachbar nur verstattet wird, das überflüssige Wasser durch Veranstaltungen auf eigenem Grunde an sich zu ziehen [58]), endlich

4) daß anderweitige Gesetze auch nur das Abschneiden des Zuflusses von Quellwasser (nicht aber auch das Herüberziehen desselben), erlauben [59]).

Wenn aber, nun zu einer anderen Stelle überzugehen,

---

57) l. 1. §. 11 u. 21. D. 39. 3.

58) l. 1. §. 11. D. 39. 3. (oben Note 14), offenbar ein besonderer Ausfluß des Aequitätsprinzips (Note 7.).

59) l. 24. §. 12. D. 39. 2. (oben Note 53) l. 21. D. 39. 3: Si in meo aqua erumpat, quae ex tuo fundo venas habeat, si eas venas incideris, et ob id desierit aqua ad me pervenire, tu non videris vi fecisse, si nulla servitus mihi es nomine debita fuerit nec interdicto quod vi aut clam teneris. Aus der Auffassung des Zuflusses von fremdem Boden, als eines bloßen lucri, erklärt sich denn auch vollkommmen das Bedürfniß der Servitut: „jus tibi non esse in tuo aquam quaerere, minuendae aquae meae gratia" (l. 15. pr. D. 8. 1). neben der cautio damni infecti. Bei dem Vorhandensein der Servitut ist aber der Berechtigte gewiß unbedingt geschützt, und bedarf auch anderweitig (beim damnum) nicht erst der Vermittelnng des Rechtsschutzes durch cautio d. i. resp. der actio doli. Nicht ganz richtig ist es übrigens, wenn Rosen a. a. O. (Note 8) p. 46 bemerkt: „tali vero servitute non imposita libera erat ubique putei depressio." Die eben genannten Rechtsmittel beschränken nämlich diese libertas. Es verdient aber hier gewiß noch bemerkt zu werden, daß auch Donellus die l, 26. D. 39. 2. in dem Sinne aufgefaßt haben muß, welcher von uns als der einzig richtige, wie wir hoffen, genügend erwiesen ist. Derselbe schreibt, Commentar. jur. civ. Lib. XV. cap. 47: „Quod si quid est, quod stipulator consequebatur beneficio et patientia vicini, ejusdemque promissoris; id est, si [et si?] facto ejusdem domini amittit, quamvis per id opus, de quo cautum est, placet in damno

welche noch Bedenken erregen könnte, wenn Marcellus und mit ihm Ulpian der Ansicht waren,

cum eo, qui in suo fodiens vicini fontem avertat, nihil posse agi [60]),

so ist unter vicini fons unbedenklich eine Quelle zu verstehen,

quae in vicini agro erumpat, et ex agro ejus, qui avertit, venas habeat [61]),

unter dem avertere aber ebenfalls nur ein Abschneiden des ferneren Zuflusses.

---

non esse numerandum, eoque [eique?] nec hoc stipulatione praestari. Finge vicinum puteum fodere juxta aedes meas, et me eo nomine damni infecti stipulatum, ne forte eo opere laedat fundamenta mearum aedium. Si eo putes aperto praecidat venas putei mei, aut alio modo aquam, quae in ejus fundo oritur, ad se avocet, hac stipulatione non tenetur. Idem est, si, cum aedes instituisset in suo, et mihi damni infecti cavisset, eas ita tollat, ut luminibus mearum aedium officiat. Utrumque ideo, quia et illic jure aquam suam, quae prius ad me venebat, in suo retinet, et hic in suo jure altius tollit. Haec in l.: fluminum §. ult. l. Trebatius. seq. l. Proculus seq. D. eod. [39. 3] Perit hic mihi aliquid, quo prius utebar, sed non de meo; quia meum non fuit, in quo aliena patientia et beneficio utebar. Non est igitur damnum, in quo de meo patrimonio nihil deminuitur, l. 3. d. l. Proculus in fi. eod. Non adversatur, quod veteres constituerunt, in aestimando eo, quod interest, quod in hanc stipulationem venire antea diximus, rationem haberi non tantum damni, sed etiam lucri. l. 2. §. ult. in fin. D. de eo quod cer. loc. l. unica C. de sent. quae pro eo quod inter. prof. Lucri enim justi ratio habenda est. Injusti lucri nulla est aestimatio. Est autem injustum lucrum, quod ex re aliena invito domino facere postules: etiam si prius concedente domino aliquamdiu eo usus fueris. Semper enim in potestate domini esse debet, beneficium suum et liberalitatem, cum velit, revocare. l. 1. l. 2. D. de pr. c."

60) l. 1. §. 12. D. 39. 3: Denique Marcellus scribit, cum eo, qui in suo fodiens, vicini fontem avertit, nihil posse agi, nec de dolo esse actionem. Et sane non debet habere, si non animo vicino nocendi, sed suum agrum meliorem faciendi, id fecit.

61) l. 21. D. 39. 3. (oben Note 59.)

Dafür spricht theils das bisher schon Angeführte sowie, daß in dem unmittelbar Vorhergehenden §.[62]) für ein wirkliches Herüberziehen der Ausdruck „derivare“ gebraucht wird, theils aber und ganz besonders ein jetzt anzuführender, von Paulus gebilligter Ausspruch des Labeo:

Idem Labeo ait, si vicinus flumen [vel] torrentem averterit, ne aqua ad eum perveniat, et hoc modo sit effectum, ut vicino noceatur, agi cum eo aquae pluviae arcendae non posse: aquam enim arcere [avertere?] hoc esse, curare ne influat. Quae sententia verior est: si modo non hoc animo fecit, ut tibi noceat, sed ne sibi noceat[63]).

Offenbar ist hier avertere von dem Hemmen des ferneren Zuflusses („ne aqua ad eum perveniat“) gebraucht, und wird durch arcere, wenn die Lesart richtig ist, und durch „curare ne influat“ erklärt[64]).

Werfen wir nunmehr auf das Gesagte einen Rückblick, so finden wir, daß durch die angeregten Bedenken der aus der Stelle des Proculus und Ulpian gezogene allgemeine Grundsatz durchaus ungefährdet bleibt, zufolge dessen ich auch für Schäden, die ohne alle Immission und selbst zur Verbesserung meines Grundstücks von mir veranlaßt werden, dem Nachbar gerecht werden muß, wenn dieser sich durch Erwirkung einer cautio damni infecti gehörig vorgesehen hat. Es bedarf aber nunmehr auch wohl keines weiteren Beweises, daß in der Bestimmung, wonach ich ex cautione damni infecti für einen Einsturz aufkom-

62) l. 1. §. 11. D. 39. 3. (oben Note 14.)

63) l. 2. §. 9. D. 39. 3.

64) Vgl. auch l. 1. pr. D. 39. 3: Si cui aqua pluvia damnum dabit, actione aquae pluviae arcendae avertetur aqua. §. 18: si . . . in meum fundum eam avertat, aquae pluviae arcendae teneri eum Labeo ait. S. auch noch wegen l. 2. §. 9. eod. Schneider in der Gießener Zeitschrift. B. 5. S. 352 und wegen der Lesart: „flumen vel torrentem“ denselben S. 328. Note 1.

men soll, den ich durch Graben auf eigenem Grund und Boden veranlaßt habe [65]), durchaus keine Singularität, vielmehr nur eine Anwendung jenes allgemeinen Grundsatzes zu erkennen sei.

Die Annahme einer Singularität ist hier ebenso unrichtig, als wenn durchgehends außer Acht gelassen wird [66]), daß auch in diesem Falle die cautio damni infecti die unerläßliche Voraussetzung sei, um den Anspruch zu einem klagbaren zu erheben. Ebenso unerläßlich ist aber, wie wir gesehen haben, die Verletzung eines wohlerworbenen Rechts, eines auf ausreichender Basis festbegründeten rechtlichen Interesses [67]).

Derjenige also, welcher nur den Usucapionsbesitz erworben hat, kann zur cautio damni infecti nicht für befugt erachtet werden [68]), außer etwa wegen der gemachten

---

65) Oben Note 47 u. 53.

66) So die in Note 48 Genannten. Vgl. übrigens Hesse, a. a. O. S. 35.

67) Vgl. bei Note 51, 52 ꝛc. Wegen des Pfandgläubigers: l. 11. D. 39. 2. coll. l. 30. §. 1. D. 9. 2. l. 18. pr. l. 34. D. 39. 2.

68) l. 13. §. 9. l. 11. D. 39. 2. Anderer Meinung ist Hesse, a. a. O. S. 70 u. 77 (Vgl. besonders S. 77 Note 52.). „Für unerklärbar" hält die Bestimmung wegen des b. f. poss. Wennig-Ingenheim, Civilrecht. Buch III. Cap. 6. §. (222) 286. B. 2. S. 286. der 5. Ausg. (v. Fritz.) Der Grund derselben ist aber bereits angegeben; der bonae fid. poss. steht dem Precaristen ziemlich gleich (l. 13. §. 4. h. t. Thibaut, Pandecten §. 586 der 7. Ausg.) und, wenn es auf ein wohlerworbenes Recht ankommt, selbst dem blos persönlich Berechtigten nach, der sein Recht vom Eigenthümer herleitet. (Voet. Commentar ad Pand. lib. 39. tit. 2. §. 4.) Dieses rechtfertigt die Bestimmung wegen des b. f. poss., sofern es sich um die spätere Durchführung des Anspruchs handelt, zur Genüge, selbst dann, wenn man annehmen will, daß demselben eine aquilische actio in factum da, wo an sich eine actio l. Aquiliae zulässig ist, unbedingt zugestanden wäre. Denn das Recht der cautio d. inf. ist überall schon eine (ob aequitatem adoptirte) Ueberschreitung des strengen Rechts hinsichtlich des Thatbestandes; nichts nöthigte aber hierbei, nun auch noch rücksichtlich der Sachlegitimation gerade so weit zu gehen, als es etwa

Verwendungen, in welchem Maaße ihm auch wohl nur eine actio in factum in solchen Fällen zustehen wird, wo an sich eine actio legis Aquiliae Anwendung finden könnte [69]).

Wäre der Usucapionsbesitzer zu einem Schadensanspruche in eben dem Maaße wie der Eigenthümer befugt, so könnte es vorkommen, daß ein solcher Anspruch zweifach mit Erfolg erhoben würde, was in den Quellen geradezu als eine Absurdität bezeichnet wird [70]).

Bevor wir übrigens schließlich die heutige Anwendbarkeit des Rechts der cautio damni infecti, wie wir dieses beabsichtigen, zur Erörterung stellen, wollen wir vorab noch die oben [71]) bereits angeregte Frage von deren bloß subsidiarischer Anwendbarkeit etwas näher beleuchten und dabei auch der, der actio l. Aquil. nachgebildeten, actio in fac-

---

bei dem Recht der lex Aquilia, zumal nur utiliter, geschehen war (vgl. Note 69). Ebensowenig unerklärbar ist die Vorschrift des §. 9 der l. 13. h. t. gegenüber dem §. 3 ibid., welcher nicht von der späteren Durchführung, sondern von der ersten Einwirkung der Caution auf Grund der bloßen Ableistung des jur. calumn. handelt. Denn einestheils kann der §. 9. sehr füglich von der späteren Durchführung, dem „competere" cum eventu verstanden werden, in welchem Sinne auch das utiliter stipulari in dem unmittelbar vorhergehenden §. 8 genommen wird (vgl. l. 11. l. 38. pr. D. eod. und insbesondere Brissonius de V. S. s. v. utiliter, übrigens auch l. 11. §. 10. D. 9. 2.); Andererseits läßt es sich aber auch sehr wohl denken, daß der Prätor Gesuche sofort zurückwies, bei welchen die spätere Erfolglosigkeit durch den alsbald feststehenden Mangel der Legitimation sofort außer Zweifel war.

69) l. 11. §. 8. coll. l. 17. pr. D. 9. 2. u. l. 17. D. 6. 1. Vgl. Unterholzner, Schuldverhältnisse. B. 2. S. 699 und besonders S. 705, auch die folgende Note.

70) l. 1. §. 1. D. 11. 3: qui bona fide emit hoc Edicto non tenebitur; quia nec ipse poterit servi corrupti agere: quia nihil ejus interest, servum non corrumpi; et sane, si quis hoc admiserit, eveniet ut duobus actio servi corrupti competat: quod est absurdum. Sed nec eum, cui bona fide liber homo servit hanc actionem posse exercere opinamur.

71) Bei Note 46.

tum unter gleichem Gesichtspunkte gedenken. Im Allgemeinen müssen wir nun zwar dabei stehen bleiben, daß diese Rechtsmittel ihrer Natur nach wesentlich für subsidiäre zu halten seien. Was aber zunächst die actio in factum anbelangt, so leidet es keinen Zweifel, daß, falls sich die betreffende Thatsache qua Beschädigung zu einer solchen Klage qualificirt, diese auch da stattfinden könne, wo etwa wegen besonderer Verhältnisse des concreten Falles auch eine andere Klage zulässig erscheinen kann.

So wird insbesondere eine actio in factum für zulässig erklärt, wo nach den besonderen Verhältnissen, in welchen beide Theile stehen, auch eine actio locati stattfinden könnte [72]. So wird ferner bei dem mehr erwähnten Anbringen Schaden stiftender Röhren an einer fremden Wand auf eine actio in factum verwiesen [73], obgleich es kein Bedenken haben kann, daß wegen des hier vorliegenden Eingriffs in fremdes Eigenthum ebensowohl eine actio negatoria für den Eigenthümer begründet sei [74].

Wo nämlich diese Klage, wie in substrato, nach der Beschaffenheit des erfolgten Eingriffes an sich statthaft erscheint [75], da kann mittelst derselben auch der entstandene Nachtheil Behufs Erwirkung der Indemnisation gerügt werden. Zwar könnte man bei Betrachtung der einschlägigen Stellen zu der Annahme hinneigen, daß die actio negatoria wohl auf den anderweitigen Nachtheil des unbefugten Eingriffs gehe, nicht aber auf die eigentlichen aquilischen Schäden, auf das, was auf oder an der Sache recht eigentlich verdorben wurde [76]. Von diesen, so möchte

---

72) l. 27. §. 35. D. 9. 2. Unterholzner, a. a. O. B. 2. S. 692.

73) Note 26.

74) l. 13. D. 8. 5. (Note 16.)

75) Vgl. Sintenis Civilrecht. B. 1. S. 522. Note 56. S. 524. Note. 65, auch unten Note 80, und oben Note 12.

76) l. 4. §. 2. D. 8. 5: Sed et in negatoria (ut Labeo ait) fruc-

man annehmen wollen, sei bei der actio negatoria nicht die Rede, vielmehr werde in dieser Beziehung ausdrücklich eine aquilische actio in factum gegeben [77]).

Wie ungezwungen sich aber auch bei dieser Auffassung die betreffenden Stellen vereinigen, so erscheint doch die Annahme, wonach die Negatorienklage zwar auf den entzogenen Gewinn, nicht aber auf den entstandenen Schaden gehen sollte, schon an sich als eine höchst befremdliche. Noch mehr wird sie dieses, wenn man erwägt, daß auch die rei vindicatio mit der actio legis Aquiliae electiv concurrirt [78]), und daß die dieser nachgebildete actio in factum auch anderweitig keineswegs blos in subsidium gege-

---

tus computantur, quanti interest petitoris, non uti fundi sui itinere adversarium. l. 5. §. D. 7. 6: Sicut fructuario in rem confessoria agenti fructus praestandi sunt, ita et proprietario, si negatoria actione utatur.

77) Vgl. Note 26. Die actio aquae pluviae arcendae, welche bei einer zu besorgenden schädlichen Zuleitung des Regenwassers auf einen „ager" (l. 211. D. 50. 16. Schneider in der Gießner Zeitschrift. B. 5. S. 357 f.) an die Stelle der negatoria treten kann (l. 1. §. 17 u. 19. D. 39. 3.), geht nur nicht auf den Ersatz des vor der Litiscontestation bereits angerichteten Schadens. Vgl. l. 6. §. 6. l. 14. §. 2 u. 3. D. eod. Unterholzner, a. a. O. S. 201. Ueber das Verhältniß dieser beiden Klagen bemerkt Schneider a. a. O. B. 5. S. 349 (indem er es für sehr unvortheilhaft erklärt, von der a. aq. pluv. arcendae, nachdem das Regenwasser schon eingedrungen sei, noch Gebrauch zu machen), daß die actio negatoria „ebenfalls auf Wegnahme der Anlage" gehe (vgl. aber unten Note 87), „aber auch auf Ersatz des Schadens, sowohl dessen, der vor der Litiscontestation, als dessen der nach derselben gestiftet ist, imgleichen auf Cautionsleistung, daß in Zukunft das unterlassen werde, was jetzt Veranlassung zur Klage gegeben hat." — — Citirt sind: l. 7. D. 8. 5. l. 14. pr. eod. l. 13. §. 10. D. 39. 2. l. 1. §. 7. D. 39. 3. l. 8. C. C. 34.

78) l. 13. l. 27. §. 2. D. 6. 1. Auf die Fassung der in Note 76 citirten Stellen mag die gleichzeitige Erörterung des Rechts der confessoria von Einfluß gewesen sein. Vgl. noch l. 6. §. 6. D. 8. 5. auch l. 1. §. 20. D. 39. 1.

den werde[79]). Man muß daher wohl auch hier eine Concurrenz dieser Klage mit der actio negatoria statuiren, zugleich aber auch annehmen, daß die actio negatoria wegen eingetretener aquilischer Schäden nicht weiter wirksam sei, als dieses auch eine actio in factum sein würde, also namentlich nicht, wo die Schadenszufügung auch nicht insoweit als eine unmittelbare erscheint, wie dieses zu einer actio in factum erfordert wird[80]). Ein Grund, weshalb hier die Schadenszufügung nach anderen Normen beurtheilt werden sollte, ist denn in der That auch wohl nicht erfindlich. So wird es denn aber auch vollkommen erklärlich, weshalb bei dem Anlegen einer Düngergrube auf eigenem Grund und Boden wegen der durch die Feuchtigkeit veranlaßten Beschädigung des Nachbarhauses weder eine actio negatoria noch eine actio in factum, vielmehr lediglich die cautio damni infecti gegeben wird[81]), während bei dem Anbringen von Röhren unmittelbar an des Nachbars Wand und dadurch vermittelter Beschädigung unter Voraussetzung einer Verschuldung nicht blos eine actio in factum[82]), sondern wie wir annehmen, auch eine actio negatoria wegen des also entstandenen Schadens zulässig ist. Freilich stand die letztere nur dem beschädigten Eigenthümer zu, die actio in factum war daher für andere Betheiligte auch in solchen Fällen ein Bedürfniß, wurde aber dann zweifelsohne auch dem Eigenthümer nicht abgesprochen.

---

79) Note 72.

80) Vgl. oben bei Note 26 u. 27. Hierher gehört l. 9. §. 2. D. 39. 2. Der Fall (eines Einsturzes) eignet sich nicht zur actio in factum, sondern nur zu einem Anspruche ex cautione damni infecti. (Vgl. Note 35.) Von der hier erwähnten Negatorienklage wird aber auch nichts weniger gesagt, als daß sie, falls sie in Betracht des nicht erfolgten Coalescirens noch zuläßig sei, auch auf das „damnum jam factum“ gehen könne.

81) Note 27. Eine andere Erklärung dieser Stelle versucht Hesse, a. a. O. S. 58.

82) Note 26.

Um aber nunmehr zu der Subsidiarität der cautio damni infecti zurückzukehren, so scheinen Ulpian[83]), Paulus[84]) und Gajus einer strengen Subsidiarität das Wort zu reden. Doch war hier, wie der Letztgenannte zur Genüge bezeugt[85]), ein Streit unter den Rechtsschulen, und wenn auch die Sabinianer (und unter ihnen namentlich Gajus) sich für die strenge Subsidiarität erklärten, so scheint dieses sich doch nur auf die Fälle erstreckt zu haben, in welchen sofort erhellte, daß dem Impetranten eine vulgäre Klage zustehe, nicht aber auch auf die, in welchen nur etwa eine aushülfliche Klage zulässig erscheinen konnte[86]).

Ebenso scheint man aber die Verpflichtung zur Cautionsleistung ob damnum infectum auch da überall anerkannt zu haben, wo Jemand ob damnum jam factum mit Erfolg belangt wurde[87]). Hier konnte der Antrag

---

83) Vgl. Note 86.

84) l. 18. §. 9. D. 39. 2. Vgl. Note 35.

85) l. 32. D. 39. 2: . . et est plane nostrorum praeceptorum haec sententia, ut credamus, inutilem esse damni infecti stipulationem, quo casu damnum alia actione sarciri possit. Vgl. Note 46. Anderer Meinung ist Hesse, a. a. O. S. 52 u. 53.

86) l. 27. §. 10. D. 9. 2. (Unterholzner, B. 2. S. 696) coll. l. 13. §. 6. l. 33. D. 39. 2. (sämmtlich von Ulpian.) Vgl. übrigens wegen l. 27. §. 10. auch Hesse, S. 57 (u. den Rechtsspruch S. 161).

87) Vgl. Note 77. So erklären sich ganz einfach l. 12. D. 8. 5. l. 29. D. 8. 2. („sensisset“ vgl. übrigens Note 41 mit Note 46 und 85 — ?) l. 18. D. 8. 2. (Note 26). In dem letzten und vorletzten Falle kann nämlich ebenfalls eine actio negatoria auf Entschädigung gerichtet werden. (Andernfalls erklärte sich die l. 18. cit. schon aus dem in der vorigen Note Bemerkten zur Genüge.) — Oder sollte Pomponius wegen mangelnder perpetua causa keine negatoria für zulässig gehalten haben, wie Hesse will (die cautio damni infecti S. 59)? Siehe jedoch oben Note 75 und l. 13. D. 8. 5. — Mit der actio negatoria, wo sie ob damnum jam factum zulässig ist, kann aber nicht etwa auch die Wegschaffung einer Anlage auf eigenem (l. 28. u. 29. D. 8. 2), ebensowenig einer an sich rechtmäßi-

auf Ersatz des Schadens und Zusicherung künftiger Ersatzleistung gerichtet werden, welche letztere dann später die actio ex stipulatu statt einer vielleicht weit mindergünstigen Klage gewährte [88]).

gen Anlage an fremdem Eigenthum (l. 18. D: 8. 2.) ob damnum metuendum verlangt werden. Vgl. Note 39 und Note 77. Wenn es in l. 7. D. 8. 5. heißt: „jubeat adversarium judex emendare vitium parietis“, so bezieht sich dieses auf die actio confessoria bei der servitus oneris ferendi. l. 6. §. 2. sqq. ibid. Bedenklicher erscheint l. 17. §. 2. D. 8. 5. (oben Note 27) doch kann das „servitute agere“ nur dahin gehen: „jus ei non esse, sterculinum ita habere, ut paries madescat.“ Dabei bleibt es denn aber dem Nachbar noch immer überlassen, ob er dieses madescere nur durch „tollere“, oder auch auf andere Weise verhindern könne. Dagegen kann mittelst der actio aquae pluviae arcendae allerdings Wegschaffung der Gefahr drohenden Anlage von fremdem Grund und Boden gefordert werden. S. oben Note 29. Wenn es in l. 14. §. 3. D. 39. 3. heißt: „de eo, quod post sententiam judicis futurum est, damni infecti caveri oportet, vel ita opus restituendum est, ut nullum periculum damni supersit,“ so ist daraus nicht etwa zu schließen, daß die Restitution durch cautio d. inf. abgewendet werden könne (wie Unterholzner will a. a. O. S. 200. Note 6), vielmehr ist hier davon die Rede, daß der Beklagte, wenn er (bei dieser actio arbritraria) dem vorläufigen Bescheid, zu restituiren, nicht so vollkommen nachkommt, daß gar keine Gefahr mehr zu fürchten ist, wegen des bis zur Erfüllung des Urtheils auf Restitution und etwa bei dessen Erfüllung entstehenden Schadens de damno caviren solle. — Wegen der eigenbeliebigen Wegschaffung unbefugter Anlagen von meinem Grund und Boden resp. aus meinem Luftraum ist sehr bemerkenswerth die Unterscheidung in l. 29. §. 1. D. 9. 2. Der Eigenthümer des Illati ist aber selbst hier, wenn er nicht in aquilischer culpa ist, nicht unbedingt zum tollere gehalten. S. oben Note 34. Vgl. auch Note 80.

88) Nicht entgegenstehend der Subsidiarität der Caution sind auch l. 13. §. 10. D. 39. 2. (Hesse, a. a. O. S. 55) l. 43. §. 1. u. l. 39 pr. eod. Denn wenn auch in der letzten Stelle nicht blos, wie in l. 44. von Conventinal-Cautionen die Rede ist (vgl. Hesse, S. 53 übrigens auch S. 41—44), so kann sich doch auch der Nachbar da, wo die Caution für „nothwendig“ erklärt wird, nicht wie in l. 32. D. 39. 2. selbst helfen. (Die l. 8. D. 8. 2. erklärt sich aus l. 35 u. 37 D. 39. 2. vgl. Sintenis, Civilrecht. B. 1. S. 473.)

Was nun schließlich die heutige Anwendbarkeit der Vorschriften des Römischen Rechts über die cautio damni infecti anbelangt, so ist diese auch nicht im Entferntesten zu bezweifeln [89]. Nur darüber wird gestritten, ob es in den hierher gehörigen Fällen unumgänglich nöthig sei, den späteren Anspruch durch Erwirkung eines Indemnisationsversprechens zu sichern, oder ob auch ohne diese Maaßregel ein Anspruch zu gestatten sei [90]. Die Vertheidiger der ersteren Meinung bilden aber nicht blos die größere Anzahl, sondern es sind offenbar auch die besseren Gründe auf ihrer Seite. Für die andere spricht nämlich nichts weiter als eine bloße aequitas cerebrina, welche sich, durchaus ohne zureichende Rechtfertigung, zu weit von dem Grundsatze entfernt, wonach einem Jeden auf eigenem Grund und Boden die ausgedehnteste Freiheit zu belassen ist. Vermöge der Nothwendigkeit, die Caution vor der Verwirklichung des Schadens und unter Ableistung des juramenti calumniae nachzusuchen, wurde und wird noch jetzt mancher Plackerei des Eigenthümers wirksam vorgebeugt, oder ihm doch Veranlassung gegeben, dem eventuell angekündigten Rechtsstreite zuvorzukommen, und den Provokanten durch Beseitigung seiner Beschwerde klaglos zu stellen [91].

Nichts berechtigt uns aber, den Eigenthümer dieser

---

89) Daß durch Vorschriften, wie sie z. B. das Sächsische Landrecht B. II. Art. 51 enthält, die Anwendbarkeit der cautio damni infecti in den betreffenden Fällen ausgeschlossen werde (Hesse, a. a. O. S. 36), ist doch wohl nicht mit Grund zu behaupten. — Wenn übrigens Unterholzner, Schuldverhältnisse, B. 2. S. 720, dieselbe vielmehr für wenig praktisch, als für unpraktisch hält, weil unsere Bau-Polizei schnellere und gewissere Hülfe zu gewähren pflege, so leuchtet hier seine unzulässige Beschränkung des Rechts zur cautio damni infecti unverkennbar durch. Vgl. Note 36. nebst zugehörigem Texte. —

90) Höpfner, Commentar. §. 824.

91) Vgl. auch die Bestimmung des Lübischen Rechts bei Hesse, S. 46.

Garantien zu berauben, weder ein übel angebrachtes Billigkeitsgefühl, noch das Befremdliche, welches mit dem Formalismus der Römischen Procedur für uns allerdings verbunden ist. Unter diesen Umständen haben sich denn auch die älteren und neueren Practiker in bei Weitem überwiegender Anzahl für die Anwendbarkeit nicht blos, sondern auch für die Nothwendigkeit der cautio damni infecti, in den Fällen, in welchen das Römische Recht sie erforderte, ausgesprochen [92]), und wir tragen nicht das mindeste Bedenken, diese Ansicht für die entschieden richtige zu erklären. Nur in Betreff des Verfahrens [93]) hat ebenfalls die überwiegende Anzahl der Stimmführer sich dahin entschieden, daß die Römischen Immissionen nicht ferner [94]) für anwendbar zu halten seien [95]). Auch diese Ansicht finden wir gerechtfertigt, und um so unbedenklicher, als es zur Realisirung der erhobenen Provocation jener Immissionen überall nicht bedarf. Das Recht ob damnum infectum Garantie zu fordern, wird im Falle des Ungehorsams des Provokaten durch richterlichen Ausspruch für existent erklärt [96]), und dieser, falls der Provokant sich mit der bloßen Zusicherung nicht zu begnügen braucht [97]), im Falle der Weigerung der Satisdation durch die geeigneten Zwangs-

92) So Thomasius, Stryk, Hellfeld, Glück und viele Andere: s. Höpfner's Commentar a. a. O. und daselbst Weber. Hesse, a. a. O. S. 7 Note 13.

93) Ueber die praktische Gestaltung desselben J. H. Böhmer in der Doctrina de actionibus Sect. II. cap. XI. §. VIII—XII. Vgl. auch Schmidt, von Klagen und Einreden. §. 1229 ff.

94) Darüber, daß sie auch in Deutschland in Gebrauch gewesen. Hesse, a. a. O. S. 124.

95) Vgl. außer Hesse, S. 124—126, Glück, Commentar, B. 18. S. 266, Sintenis, Civilrecht, B. 1. S. 359 f. A. M. ist, wie es scheint, Böhmer, a. a. O. §. X.

96) Glück, a. a. O. Böhmer, a. a. O. §. X. Note r.

97) Unterholzner, Schuldverhältnisse. B. 2. S. 717. Nr. VII.

maaßregeln vollstreckt [98]), andernfalls aber erst bei eingetretenem Schaden eine actio in factum gegeben [99]).

Wie übrigens Voet bezeugt, war nach der Praxis der niederländischen Gerichtshöfe so gar eine bloße Protestation zur Vermittelung eines eventuellen Anspruchs ausreichend [100]), und jedenfalls darf es nicht bezweifelt werden, daß auch bei uns die eventuelle Berechtigung durch das Anbringen der Provocation, mag dann der Schade selbst auch vor aller weiteren Verhandlung ins Leben treten, genügend gewahrt erscheine, so wie daß eine unverschuldete Behinderung an dem Einbringen der Provocation auch heutiges Tages dem Damnificaten nicht zugerechnet werden dürfe [101]).

IX.

Ueber die neuesten Fortschritte der Civilprozeßgesetzgebung und der im Zusammenhange damit stehenden gesetzlichen Einrichtungen *).

Von

Mittermaier.

Die letzten Jahre sind vorzüglich reich an neuen Civilprozeßgesetzbüchern oder Entwürfen zu solchen Gesetzbüchern.

98) Vgl. auch Sintenis, a. a. O. S. 359.

99) l. 4. §. 2. l. 7. pr. l. 15. §. 36. l. 16. 17. pr. §. 1—3. l. 18. §. 13—15. D. 39. 2. l. 4. §. 2 und 3. D. 43. 4.

100) Voet, Commentar. ad Pand. lib. 39. tit. 2. §. 15.

101) Vgl. oben Note 34 und den Rechtsspruch bei Hesse, a. a. O. S. 161.

*) Der gegenwärtige Aufsatz reiht sich an unseren, in Heft 1. 2. Band 28. Nr. V. u. XI. abgedruckten Aufsatz an.